



A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DO GARANTISMO PENAL E DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

THE PROVISORY EXECUTION OF THE SENTENCE AND THE FUNDAMENTAL RIGHTS AND GUARANTEES: AN ANALYSIS UNDER GUARANTEEISM CRIMINAL AND THE SOCIAL AND DEMOCRATIC RULE OF LAW

Julio Cesar de Aguiar

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC e PhD in Law pela University of Aberdeen, UK. Professor da Graduação e do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília. Procurador da Fazenda Nacional, Distrito Federal, Brasil.

Galtiênio da Cruz Paulino

Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Procurador da República, Distrito Federal, Brasil.

Editora Científica:

Profa. Dra. Mariana Ribeiro Santiago.

DOI: 10.5585/rtj.v5i3.436

Submissão: 18/06/16.

Aprovação: 10/10/16.

RESUMO

Este artigo pretende discutir a relação entre a execução provisória de uma sentença penal e os direitos fundamentais e garantias. Será demonstrado que tal execução não viola o princípio da presunção de inocência, uma vez que examina cada caso de acordo com o garantismo penal e no âmbito do Estado social e democrático de direito. O artigo também discute a necessidade de interpretar os direitos fundamentais e garantias de acordo com os princípios da proporcionalidade e da proteção, bem como as diretivas internacionais de criminalização e a necessidade de respeitar e garantir os direitos da sociedade em equilíbrio com os direitos individuais dos réus.

PALAVRAS-CHAVE: Execução provisória. Garantismo penal. Efetividade do processo.

ABSTRACT

This article intends to discuss the relationship between the provisional execution of a criminal sentence and the fundamental rights and guarantees. It will be demonstrated that such execution does not violate the principle of presumption of innocence, since it examines each case according to the criminal garantism and under the social and democratic rule of law. The article also discusses the need to interpret fundamental rights and guarantees in accordance with the principles of proportionality and protection, as well as the international directives of criminalization and the necessity of observing and guaranteeing the rights of society in equilibrium with the individual rights of the defendants.

KEYWORDS: Provisional execution. Criminal garantism. Effectiveness of proceedings.

INTRODUÇÃO

Com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do HC n. 126.292-SP, reacendeu-se a discussão sobre a extensão do princípio da presunção de inocência, em face da execução provisória da pena.

Através do referido acórdão, objetiva-se garantir uma maior efetividade ao processo penal, respeitando-se os direitos fundamentais do acusado e da sociedade, mediante uma relação de equilíbrio entre os direitos envolvidos.

Neste artigo, será analisado se a interpretação do STF sobre a execução provisória da pena, sob a perspectiva do garantismo integral, fere os direitos fundamentais, em especial o direito à presunção de inocência do acusado previsto no art. 5.º, LII, da Constituição Federal.

Para esse estudo, será realizada, no item 2, uma releitura do garantismo penal à luz dos valores propugnados pelo Estado Democrático de Direito.

Inicialmente, será feita uma exposição sobre a evolução da concepção de Estado e, por conseguinte, do garantismo. Em seguida, expor-se-á as três acepções sobre o garantismo, os dez axiomas defendidos por Ferrajoli que o sustentam, bem como os dois aspectos (positivo e negativo) que lhe dizem respeito.

Em seguida, será trabalhada a temática sobre a necessidade de se alcançar o equilíbrio na interpretação de todos os direitos e deveres fundamentais, da sociedade e do indivíduo, buscando

sempre um processo penal justo e efetivo. Neste ponto serão feitas considerações sobre o princípio da proporcionalidade.

No tópico seguinte (item 3), será aplicada a concepção garantista integral à execução provisória da pena, demonstrando que a decisão do Supremo Tribunal Federal é garantista e, por conseguinte, não fere o princípio da presunção de inocência. Antes, porém, no início do tópico, expor-se-á a evolução do posicionamento da Suprema Corte sobre o assunto, bem como as diversas previsões normativas, nacionais e internacionais, sobre o tema, especialmente sobre a abrangência do princípio da presunção de inocência e a incessante luta por um processo penal efetivo.

Ao longo do terceiro tópico, também serão expostos: a) os riscos à efetividade do processo penal, ao se aguardar o trânsito em julgado das instâncias extraordinárias para se iniciar a execução da pena; b) os aspectos processuais que não impediriam a execução do julgado condenatório nos termos defendidos pelo STF, como, por exemplo, a ausência de efeito suspensivo nos recursos extraordinários.

1 O GARANTISMO PENAL E O ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A teoria garantista de Ferrajoli (2014) tem sua origem no contexto histórico de desenvolvimento dos direitos fundamentais, visando a consagrar um sistema de garantias desses direitos, totalmente desrespeitados em razão de inúmeras atrocidades de períodos anteriores, sustentadas em conjunturas ditatoriais.

Passa-se a tutelar no âmbito penal, em especial, a liberdade individual, mediante um conjunto de garantias que assegure ao indivíduo um processo justo, baseado na dignidade da pessoa humana e no princípio da presunção de inocência.

A concepção garantista assenta-se no modelo de aplicação do direito à democracia, através da vinculação de todas as formas de poder ao direito (FERRAJOLI, 2014), em decorrência de um contexto de crises de legalidade, do Estado Social e do Estado-nação, que estariam redundando em uma conjuntura de crise democrática. Nesse cenário, surge o sistema garantista como forma de se combater as constantes violações de direitos fundamentais por parte

das autoridades públicas (PORTALES; SÁNCHEZ, 2016).

O garantismo, portanto, apresenta-se – pelo menos em sua concepção inicial – como um instrumento de defesa de direitos individuais frente a eventuais violações praticadas por outros indivíduos ou mesmo pelo Estado (GASCÓN ABELLÁN, 2005). Ferrajoli (2014) acentua ainda que a introdução de garantias no sistema jurídico é necessária para se assegurar a paz e os direitos humanos, e não o fortalecimento da democracia.

O investigado ou réu passa a ser visto não mais como um objeto, mas como um sujeito de direitos na instrução processual, possuindo, destarte, uma série de direitos e garantias individuais.

Contudo, a partir de uma interpretação mais condizente com a conjuntura atual de desenvolvimento dos direitos e garantias fundamentais, o garantismo, analisado sob uma perspectiva integral, deve se ater não apenas aos direitos fundamentais individuais, mas também se preocupar com uma análise “sistêmica e integral dos comandos da Carta Maior” (FISCHER, 2015, p. 32), mediante a defesa e proteção dos direitos e deveres sociais e coletivos.

A concepção garantista de Ferrajoli surgiu sobre a perspectiva de um Estado Liberal (DE GRANDIS, 2015). Consequentemente foi influenciada pelas pilastras de valores que sustentavam esse modelo de Estado, como a liberdade individual, a partir de uma postura negativa do Estado frente ao cidadão. Valorização, na seara criminal, dos direitos individuais do acusado.

Em seguida, a concepção de Estado adotada mudou para a do denominado Estado Constitucional, voltado para a proteção não apenas dos direitos civis e políticos (concepção liberal, primeira geração de direitos), mas também dos direitos sociais, culturais e econômicos (Estado Social), e, em uma terceira fase, dos direitos ao meio ambiente, liberdade de informática etc. O aumento gradual da proteção dos direitos fundamentais é bem descrito por Bobbio, quando afirma que:

(...) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (BOBBIO, 2004, p. 09)

Bobbio esclarece ainda, com relação às gerações de direitos, que:

Às primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DO GARANTISMO PENAL E DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

espécies são sempre — com relação aos poderes constituídos, apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie. (BOBBIO, 2004, p. 09)

Essa evolução geracional dos direitos e deveres fundamentais redundou em uma nova perspectiva de Estado, atualmente adotada, denominada de Estado Social e Democrático de Direito, sob a qual deve-se permear o garantismo penal.

A teoria garantista foi concebida de acordo com três acepções (FERRAJOLI, 2014). Em uma primeira acepção, o garantismo designaria um modelo normativo de direito que, sob o enfoque político, seria “capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade” (FISCHER, 2015, p. 35). Já sob o aspecto jurídico, o garantismo seria um sistema de proteção dos direitos dos cidadãos frente ao poder punitivo do Estado.

A segunda acepção se sustenta na separação entre a validade e a efetividade da norma, que também se diferenciam da existência e da vigência (FERRAJOLI, 2014). Separa-se o ser e o dever-ser. Essa acepção é definida por Fischer (2015, p. 36) ao afirmar que “o juiz não tem obrigação jurídica de aplicar as leis inválidas (incompatíveis com o ordenamento constitucional), ainda que vigentes”.

Por fim, a terceira acepção designaria o garantismo em consonância com uma filosofia política e jurídica fundada na separação entre o direito e a moral, resultante de uma concepção heteropoiética do Estado e do direito. Impõe-se “ao Direito e ao Estado a carga da justificação externa conforme os bens jurídicos (todos!) e os interesses cuja tutela e garantia constituem precisamente a finalidade de ambos” (FISCHER, 2015, p. 36). A perspectiva heteropoiética do garantismo é bem explicada por Portales e Sánchez (2016) nos seguintes termos:

(...) según las doctrinas *heteropoyéticas*, el Estado es considerado un medio legitimado únicamente con el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ilegítimo si no los garantiza. El garantismo entonces, desde un plano filosófico-jurídico, consiste esencialmente en la fundamentación heteropoyética del derecho, separado de la moral en los diversos significados. De esta forma, la deslegitimación externa de las instituciones jurídicas positivas dependerá directamente de la eficacia con la que esos derechos sean cumplidos.

Sob essas três acepções, mesmo o legislador, em um Estado garantista, encontra-se vinculado ao dever de proteger todos os direitos e deveres constitucionais, devendo resguardar a todos esses direitos o máximo de efetividade. Nesse cenário, os três poderes estatais deverão

sempre atuar, no exercício de suas atribuições, buscando assegurar e garantir todos os direitos fundamentais do indivíduo e da sociedade, mesmo nas situações em que ocorra possível confronto entre eles (direitos).

Nesse diapasão, o objetivo primordial de Ferrajoli (2014) é estabelecer o máximo de eficácia e efetividade a todos os direitos fundamentais (PORTALES; SÁNCHEZ, 2016). Desenvolve-se uma nova concepção de democracia, que engloba uma democracia formal e uma democracia substancial. A primeira estaria relacionada à maneira como se toma as decisões políticas do Estado e a segunda voltada à defesa dos direitos fundamentais.

O modelo de garantismo propugnado por Ferrajoli (2014, p. 91) se funda em dez axiomas: a) princípio da retributividade: necessidade que de fato a pena seja imposta ao responsável); b) princípio da legalidade: a punição de qualquer pessoa só poderá ocorrer se a conduta e a respectiva pena estiverem previamente previstas em lei. Além disso, ambas, previsão típica do fato e da pena, deverão se coadunar com os valores, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição; c) princípio da necessidade: o direito penal só deverá ser invocado como última *ratio*, ou seja, quando os outros meios e esferas “falharem” ou forem insuficientes; d) princípio da lesividade: além da previsão típica constante na lei – tipicidade formal –, o ato em tese delituoso deve ser apto a lesionar o bem jurídico tutelado – tipicidade material; e) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação: necessário que a conduta seja efetivamente realizada, não permanecendo apenas no campo da cogitação; f) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal: necessidade de a responsabilização penal recair apenas sobre o responsável pela prática delitiva, não se admitindo, portanto, que a pena seja transferida para outra pessoa. Ademais, a culpabilidade do agente deverá ser devidamente comprovada; g) princípio da jurisdicionalidade: o processo penal deverá observar as regras de competência previstas e ser de responsabilidade exclusiva dos órgãos dotados de jurisdição; h) princípio acusatório: o julgador deverá ser uma pessoa diferente do acusador; i) princípio do encargo da prova: obrigação de a acusação demonstrar que o acusado é o responsável pelos crimes que lhe são imputados; princípio do contraditório: acusado deverá saber do que está sendo acusado, devendo possuir mecanismos para uma defesa eficaz.

Sob essa concepção, o garantismo, segundo Fischer (2006, p. 91-92):

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DO GARANTISMO PENAL E DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

(...) se consubstancia em verdadeira tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à verdade.

Sustentado nessas premissas, em busca do máximo de eficácia e efetividade para os direitos fundamentais, o garantismo deve ser interpretado de maneira integral, evitando-se o que denomina Fischer de garantismo hiperbólico monocular.

O Modelo Garantista de Ferrajoli, surgido em um contexto de Estado Liberal, sustentado em um viés de atuação negativo do Estado, através da garantia apenas dos direitos de primeira geração, passou a ser propagandeado como um sistema voltado a garantir os direitos fundamentais individuais do acusado. Posteriormente, passou-se a ter uma compreensão de Estado baseada não apenas na garantia dos direitos fundamentais de cunho individual, mas também dos direitos de caráter social e coletivo, como, por exemplo, o direito da sociedade à segurança, que passa pela necessidade de um processo penal efetivo. Por fim, chega-se a uma perspectiva de Estado Democrático, visada de fato por Ferrajoli (democracia substancial), sustentada na defesa dos direitos fundamentais anteriormente garantidos – individuais e coletivos –, bem como na necessidade de que os deveres fundamentais também sejam respeitados. Tem-se, portanto, o denominado Estado Social e Democrático de Direito.

Esse modelo de Estado, com base no qual o garantismo deve ser interpretado, gera a obrigação de respeito não apenas aos direitos fundamentais individuais do acusado, mas também aos direitos da sociedade, como o direito à segurança, a ser concretizado em determinados casos por um processo penal efetivo, o qual deve redundar de fato na punição do responsável por uma prática delitiva.

Além disso, devem ser respeitados os deveres jurídicos fundamentais do indivíduo e da sociedade, que resultam na obrigação de todos respeitarem a ordem jurídica, sob pena de serem penalizados. De Grandis (2015, p. 436) bem descreve essa concepção nos seguintes termos:

impõe-se uma releitura ampliativa do sistema geral de garantismo, de modo que seja delineada uma visão integral do sistema penal e do sistema processual penal brasileiro, abarcando, isto é, sem prejuízo daquilo que fora assentado pelo garantismo penal, toda uma gama de bens jurídicos que, tradicionalmente, não enseja dignidade penal.

A visão garantista dos direitos penal e processual penal não deve ser, portanto, monocular e hiperbólica. Deve se assentar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania, inerentes ao acusado e à sociedade. “Evidencia-se desproporcionalidade de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos que se veem investigados, processados e condenados” (FISCHER, 2015, p. 42).

Fischer (2006, p. 120) afirma ainda que “os direitos fundamentais não podem ser vistos apenas como direitos de defesa frente ao Estado, mas como verdadeiros princípios objetivos e direitos de defesa em face de ataques a bens jurídicos fundamentais que lhe são dirigidos por quaisquer pessoas”. Essa posição é corroborada por De Grandis (2015, p. 441), quando destaca que:

em um processo penal forjado sob os auspícios do Estado Democrático e Social de Direito, dois valores igualmente irrenunciáveis devem merecer ponderação por parte da autoridade judiciária: (i) a pretensão punitiva da sociedade e (ii) o direito de liberdade do indivíduo.

Nessa perspectiva, a concepção integral do garantismo possui duas acepções, uma positiva e outra negativa.

Sob o enfoque positivo, o Estado está obrigado, caso seja necessário, em razão do dever de proteção, a agir, de maneira adequada e proporcional, mediante a restrição de direitos fundamentais individuais do cidadão que infringe a ordem posta. É através desta acepção do garantismo que se encontra o dever de eficiência e efetividade do processo penal, bem como a necessidade de punição (sanção) dos agentes violadores da ordem penal. Esta perspectiva do garantismo objetiva resguardar os direitos da sociedade a um ordenamento justo e seguro (direito coletivo de segurança).

Já a perspectiva negativa do garantismo compreende o dever do Estado e de todos os cidadãos de observar e garantir os direitos e garantias individuais do acusado. Estes direitos e garantias englobam o direito de liberdade, até a comprovação da culpabilidade, assim como o direito a um processo justo, resguardado pelo contraditório e pela ampla defesa.

O verdadeiro garantismo (integral) passa pelo respeito dos direitos e deveres do acusado (face negativa) e da sociedade (face positiva), redundando em um resultado justo para ambos. Nesse sentido, pontua Fernandes (2009) que “o escopo metajurídico de fazer justiça significa atingir o equilíbrio entre dois valores que lhe são inerentes: assegurar a paz social pela punição

dos crimes e o de assegurar a todos os indivíduos a sua liberdade individual”. O mesmo autor propugna, fixando uma relação de interdependência entre o garantismo e a eficiência do processo penal, que não existe garantismo sem um processo penal eficiente, assim como não há processo penal eficiente sem o garantismo, devendo haver uma relação de equilíbrio entre os dois:

(...) não deve haver antagonismo entre eficiência e garantismo, se visto o processo criminal como instrumento legitimado por procedimentos que assegurem aos órgãos de Estado meios para realizar uma eficiente persecução criminal e aos acusados formas de exercerem de forma eficiente suas defesas. Não se compreende eficiência sem garantismo. O ideal é que haja equilíbrio entre as partes, não se perdendo para os extremos do hipergarantismo ou de uma repressão a todo custo. (FERNANDES, 2009)

Do garantismo penal integral deflui a necessidade de que os direitos e garantias fundamentais, em situações de possível conflito, sejam interpretados em consonância com o princípio da proporcionalidade. Este princípio engloba um aspecto positivo e outro negativo. De acordo com o primeiro aspecto (positivo), proíbe-se a proteção deficiente de qualquer direito fundamental, comumente presente em decisões criminais desprovidas de efetividade. O aspecto negativo envolve a proibição de excessos, consistente no respeito do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Por conseguinte, não se pode interpretar um direito fundamental como absoluto, principalmente quando há aparente conflito entre direitos fundamentais. Não se admite que os direitos fundamentais de um acusado se sobreponham aos direitos fundamentais da sociedade.

Deve-se ter em mente que os próprios fins da pena – retributivo e preventivo (geral e especial) – só serão atingidos através de um processo eficiente e que resguarde os direitos, deveres e garantias fundamentais dos envolvidos (acusado e sociedade), ou seja, um processo garantista integral.

Desse modo, à luz do garantismo penal integral, será analisado, no tópico seguinte, se a possibilidade de execução provisória da decisão penal condenatória, assentada no acórdão do Supremo Tribunal Federal proferido no HC n. 126.292-SP, fere o princípio da presunção de inocência, previsto na Constituição Federal e em diversos diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos.

2 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENAL E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

2.1 Enquadramento normativo e o posicionamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O tema central deste artigo é a discussão de se, à luz do garantismo penal integral, a execução provisória da sentença penal condenatória viola o princípio da presunção de inocência.

O princípio da presunção de inocência possui assento em diversos diplomas normativos internacionais de direitos humanos, como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, Convenção Europeia, o Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Todos estes textos consagram que o acusado deverá ser considerado inocente até o momento em que ocorra a comprovação da sua culpabilidade.

Nesse cenário, passou-se a exigir, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, mais precisamente do Direito Processual Penal Internacional, que as limitações à liberdade, decorrentes de um processo criminal, só existam nos casos previstos em lei e se respeite o princípio da presunção de inocência (MEDONÇA, 2016, p. 89).

Afastar-se-á a presunção de inocência do acusado, segundo a proteção internacional dos direitos humanos, desde o momento em que ocorra, nos termos da lei, a comprovação fática e probatória do crime e da culpabilidade do acusado, não se exigindo o trânsito em julgado da decisão condenatória.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA), por exemplo, é clara ao expor esse entendimento de que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma inocente enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

No âmbito interno, o princípio da presunção de inocência encontra-se inserto no art. 5, inciso LVII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), nos seguintes termos: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. A partir desta previsão constitucional, passou-se a questionar se o réu, condenado através de uma sentença penal, confirmada por um tribunal de apelação e, por conseguinte, finalizadas as instâncias

ordinárias, poderia ter sua pena imediatamente executada (execução provisória), na pendência do julgamento dos recursos de caráter extraordinário.

Mesmo com a vigência da Constituição Federal de 1988, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consagrou-se, inicialmente, o posicionamento de que seria admissível a execução provisória da pena, não havendo, portanto, violação ao princípio da presunção de inocência. Nesse sentido o acórdão proferido em razão do HC 68.726.

Esse posicionamento restou incólume até 2009, quando a Suprema Corte, no julgamento do HC n. 84.078, passou a defender que a execução provisória da pena fere o princípio da presunção de inocência, sendo necessário, portanto, o trânsito em julgado da condenação para o início da execução.

Essa discussão voltou à tona recentemente, no dia 17 de fevereiro deste ano, quando o Supremo Tribunal Federal passou novamente a admitir a execução provisória da pena. Nesta decisão, ressaltou-se a necessidade de mensurar a extensão do princípio da presunção de inocência em face da efetividade da jurisdição penal.

Na oportunidade, destacou-se que a consagração do princípio da presunção de inocência no ordenamento nacional redundou em um “modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista” (BRASIL, 2016). A presunção de inocência deveria ser assegurada apenas até a decisão condenatória, especialmente com a confirmação da decisão pelo Tribunal de Apelação. Destacou-se que os recursos extraordinários não discutem os fatos e as provas, não possuem efeito suspensivo e que em nenhum país do mundo as execuções ficam suspensas no aguardo da decisão da Corte Suprema.

Enfatizou-se também que os recursos extraordinários não discutem a justiça da decisão e, para serem admitidos, necessitam da demonstração da repercussão geral. A necessidade de se aguardar o julgamento dos recursos extraordinários estaria incentivando a interposição de recursos protelatórios, comprometendo a efetividade da jurisdição penal, daí a necessidade de se manter uma relação de equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência com a efetividade do processo. Tal equilíbrio é atingido pela execução provisória da pena.

Nesse contexto, será analisado no próximo tópico se a execução provisória da pena, conforme propugnado pelo Supremo Tribunal Federal, encontra-se de acordo com a perspectiva

do garantismo penal integral, através de uma relação de equilíbrio entre os direitos e deveres fundamentais do réu e da sociedade.

2.2 Análise à luz do garantismo penal integral

A discussão sobre a execução provisória da pena gira em torno da abrangência (extensão) do princípio da presunção de inocência. Sob uma perspectiva garantista integral, conforme será demonstrado, observar-se-á que não há violação ao ventilado princípio, sendo totalmente garantista o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Os direitos fundamentais processuais penais, dentre os quais se encontra a presunção de inocência, apresentam-se como direitos subjetivos de defesa, possuindo, desse modo, um enquadramento baseado no direito de liberdade. Anseia-se por um atuar negativo do Estado na defesa do direito de liberdade.

Contudo, modernamente, não se pode considerar os direitos fundamentais processuais penais apenas como um direito à abstenção do Estado, mas também como um direito de perspectiva positiva, voltado para um atuar estatal.

Desse modo, para uma plena defesa dos direitos fundamentais processuais necessita-se de uma abstenção (aspecto negativo) e um atuar do Estado (aspecto positivo). Esses direitos não são formados apenas por interesses individuais, mas também por interesses de toda a sociedade, conforme preceitua Moraes, ao afirmar que “ressurte importante ao operador notar que eles não têm apenas feição individual, mas também conotação coletiva, porquanto essencial para a vida em sociedade” (2010, p. 231).

Essa visão sobre os direitos fundamentais se adéqua à perspectiva do Estado Social e Democrático de Direito, inerente ao garantismo integral. Ou seja, deve-se visualizar os direitos fundamentais não apenas sob o aspecto individual, mas também em consonância com os interesses e bens coletivos, inerentes à sociedade. Nesse ponto, arremata Moraes:

Essa consciência de ampliação de perspectiva – do individualismo liberal para o coletivo, típico de um Estado Democrático e Social de Direito – desmistifica o que para muitos está na base de um dualismo insuperável e que acompanha o processo penal desde o conflito entre a Escola Clássica e a Escola Positiva: a luta entre o interesse público de punir contra o interesse privado à liberdade.

Para o bem da evolução da ciência processual penal, não se pode mais aceitar o

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DO GARANTISMO PENAL E DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

maniqueísmo de que no processo penal ou se protege o imputado ou se promove uma política repressiva estatal legítima e eficiente. Há de haver uma compatibilização e uma coexistência equilibrada desses interesses.

Ao se perceber que os direitos fundamentais têm titularidade individual, mas também cuidam de interesses e bens coletivos, dá-se para compreender que o processo penal não pode mais ser pensado como um instrumento a serviço do direito de liberdade do cidadão “ou” do direito punitivo do Estado (MORAES, 2010, p. 231-232)

No Estado Social e Democrático de Direito, sustentado em valores como a dignidade da pessoa humana, a persecução criminal sempre deverá respeitar os direitos individuais envolvidos, necessitando de um processo devido, baseado em um sistema processual penal desenvolvido a partir dos direitos fundamentais. Porém, essa persecução não pode ser vista apenas sobre o viés do acusado, mas também sob a perspectiva dos direitos da sociedade, em especial o de segurança, que exige um processo penal efetivo, que deverá de fato redundar na punição dos violadores da ordem jurídica.

Essa é a interpretação que se deve ter sobre o princípio da presunção de inocência frente ao direito de segurança da sociedade, exigindo-se uma perspectiva de equilíbrio de valores (garantismo integral) e se evitando o enraizamento dos pensamentos de injustiça e impunidade na sociedade. Esses pensamentos desacreditam o sistema jurídico e proporcionam a busca pela chamada “justiça com as próprias mãos”. Nesse sentido, Moraes pontua:

A não efetivação daqueles direitos fundamentais a um dos integrantes da comunidade, no curso da persecução penal, coloca todos os cidadãos em estado de insegurança, pois se percebe que o compromisso constitucional não está sendo cumprido pelos poderes públicos, únicos entes com o monopólio da persecução.

Pela mesma via, se o catálogo de normas se mostrar inaplicável faticamente e carcomido em sua eficácia, levará toda a coletividade à consciência de que não poderá mais acreditar nas leis e nos poderes instituídos, restando-lhe resolver suas controvérsias penais (...) Viola a Constituição tanto o cidadão criminoso, quanto Estado ineficiente, leniente, omissivo e arbitrário. (MORAES, 2010, p. 236-237)

A persecução penal sustentada na presunção de inocência, em um Estado Democrático e Social de Direito, garante ao acusado um processo de acordo com os ditames legais, não sendo, portanto, arbitrário. Outrossim, “a presunção de inocência não impede a eficiência persecutória, em vez que se rejeita a sua “absolutização” (MORAES, 2010, p. 239). A absolutização dos direitos fundamentais gera, segundo Moraes:

a) sua absolutização leva-a ao descrédito, uma vez que há situações fáticas e jurídicas em que ela deva ceder em face de argumentos mais fortes e b) porque atrás de toda absolutização (para condenar ou para inocentar) escondem-se culpados e inocentes e, quando isso ocorre, sem qualquer ponderação em virtude das condições da situação

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DO GARANTISMO PENAL E DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

concreta, abrem-se espaços às injustiças (perseguições e privilégios) (MORAES, 2010, p. 239).

No caso da execução provisória da pena, busca-se um equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência, voltado ao acusado, e os direitos da sociedade à segurança e a um processo efetivo. Garante-se o devido processo ao acusado, bem como se possibilita a aplicação efetiva da pena. Essa busca pelo respeito aos direitos fundamentais da sociedade e do acusado é o objetivo principal do garantismo integral.

Com o findar das instâncias ordinárias, a culpabilidade do acusado já está demonstrada, visto que os recursos de caráter extraordinário não rediscutem a justiça da decisão condenatória, nem reanalisam os fatos e as provas, momento em que efetivamente é verificada a culpabilidade. Desse modo, há o respeito à presunção de não culpabilidade do acusado, que, repita-se, está adstrita à análise fática e probatória do crime e da acusação. Esta interpretação do princípio da presunção de inocência é, inclusive, a adotada no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos, conforme exposto no tópico anterior, e a que melhor se coaduna com a perspectiva de defesa dos direitos fundamentais, já devidamente detalhada acima.

Com o findar das instâncias ordinárias do processo criminal, após a confirmação da decisão condenatória pelo tribunal de apelação, surge a necessidade de a pena ser imediatamente executada, em respeito aos direitos da sociedade à segurança e à efetividade do processo.

Evita-se, com esse posicionamento, a interposição de recursos meramente procrastinatórios, que, em sua essência, não buscam discutir o mérito da demanda, em especial a culpabilidade do agente, mas simplesmente evitar o trânsito em julgado do processo, fazendo com que ocorra a incidência de possíveis causas extintivas da punibilidade e, por conseguinte, o não cumprimento da pena.

O principal problema de se aguardar o trânsito em julgado das instâncias extraordinárias para o início da execução da pena, além do fato de não envolver discussão sobre a culpabilidade do acusado, se não houver recurso do Ministério Público, é a configuração da prescrição da pretensão executória. A jurisprudência, em especial o Superior Tribunal de Justiça, preceitua que, transitada em julgada a decisão para a acusação, ter-se-á o início do prazo prescricional, mesmo que a pena não possa ser executada. A depender dos inúmeros recursos interpostos pelo réu (recurso especial, recurso extraordinário, embargos de declaração etc.), buscando impedir o

trânsito em julgado, ocorrerá a configuração da prescrição sem que o cumprimento da pena tenha sido iniciado.

Nessa perspectiva, a interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à execução provisória da pena encontra-se perfeitamente em consonância com o garantismo penal integral, pois, ao mesmo tempo assegura a presunção de inocência do acusado, que é afastada através da decisão final relacionada aos fatos e às provas (instâncias ordinárias), e garante que o processo penal seja dotado de efetividade, redundando no efetivo cumprimento da pena imposta, atingindo-se os escopos da pena, quais sejam, retributividade e prevenção (geral e especial).

Nesse contexto, exclui-se a perspectiva monocular hiperbólica do garantismo, que se preocupa apenas com os direitos fundamentais do acusado, a partir de um viés negativo do garantismo e da absolutização, no caso tratado no artigo, do princípio da presunção de inocência. Com a execução provisória, o garantismo se configura em seu duplo aspecto. No negativo, garantindo que os direitos fundamentais do acusado, especialmente a presunção de inocência, serão observados. No positivo, resguardando os direitos à segurança e à efetividade do processo inerentes à sociedade. Essa é a concepção que se deve ter do processo penal em um Estado Social e Democrático de Direito.

Através da execução provisória da pena, de cunho garantista integral, observa-se que direitos e garantias fundamentais que estariam possivelmente em conflito – presunção de inocência/liberdade *versus* segurança/efetividade do processo – estão sendo interpretados de acordo com o princípio da proporcionalidade em seus dois aspectos, positivo e negativo. Evita-se a proteção deficiente dos direitos envolvidos (aspecto positivo) e ao mesmo tempo assegura-se o núcleo essencial desses direitos (aspecto negativo).

Ademais, a nova posição do Supremo Tribunal Federal respeita plenamente os dez axiomas defendidos por Ferrajoli, expostos no tópico 2, com destaque para o princípio da retributividade, muitas vezes não observado nas situações em que se aguardava o trânsito em julgado das instâncias extraordinárias para o início da execução da pena.

O garantismo integral busca a defesa de todos os direitos fundamentais (individuais e coletivos), assim como dos deveres fundamentais do Estado e do cidadão, objetivos que são atingidos pela execução da pena nos termos atualmente propugnados pela Corte Suprema.

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DO GARANTISMO PENAL E DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

De maneira precisa, Carbonell (2005, p. 179) reforça esse posicionamento sobre a necessidade de o Estado promover de maneira eficaz os direitos fundamentais, ao afirmar “la legitimidad de los poderes públicos no depende ya solamente de que no *entorpezcan* o *limiten* el disfrute e los derechos, sino también de que los *promuevan* eficazmente.”

A interpretação garantista integral do processo penal é uma exigência da Constituição Federal, que, segundo Fischer, “é garantista e assenta seus pilares nos princípios ordenadores de um Estado Social e Democrático de Direito” (2015, p. 39).

Através de uma interpretação sistemática dos direitos, das regras e dos valores previstos na Constituição Federal, ocorrida no HC n. 126.292-SP e buscada pelo garantismo integral, protegendo-se todos os bens jurídicos (individuais e coletivos) da sociedade e dos indivíduos.

Os que defendem a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado para que ocorra a execução da pena sustentam-se na literalidade do art. 5. LVII e alegam que o início da execução antes do trânsito em julgado das instâncias extraordinárias poderá resultar em situações de violação ao direito de liberdade do acusado. Contudo, além da necessidade de se interpretar a Constituição de maneira sistemática, existem mecanismos muito mais eficazes do que os recursos extraordinários, como o *habeas corpus*, para se evitar possíveis arbitrariedades ou injustiças. Não se pode esquecer que os recursos extraordinários não buscam discutir a justiça da decisão, mas apenas analisar questões meramente normativas. Bem esclarecedora é a seguinte afirmação de Fischer (2009, p. 13):

Com efeito, fazer uma leitura objetiva e isolada da regra constitucional que dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória não poderia, como regra, conduzir a outra conclusão que não a da inviabilidade do recolhimento antes do trânsito em julgado, salvo se presentes os requisitos da prisão preventiva (art. 312, CPP).

O que se sustenta é que, em decorrência de uma interpretação sistêmica, considerando-se todos os instrumentos jurídicos previstos para evitar a indevida restrição à liberdade dos cidadãos, o recolhimento do réu condenado antes do trânsito em julgado na pendência do recurso extraordinário (também na situação do recurso especial) não viola o comando constitucional supradescrito, nem qualquer outro que estipule proteção a garantias fundamentais. Assim, diante de todo o arcabouço constitucional (sistemicamente, portanto), não se viola a presunção de inocência, pois há mecanismos eficazes (entende-se que até muito mais eficazes que os próprios recursos) em sede constitucional para evitar eventual ilegalidade e recolhimento indevido com violação da presunção de inocência. Para o desenvolvimento de tais premissas, se acorrerá, também – mas não só –, a argumentos contidos em decisão recente do Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento de recurso em que foram definidas as regras para estabelecer a exigência da observância da denominada repercussão geral.

Destaca-se mais uma vez que o princípio da presunção de inocência volta-se para o

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DO GARANTISMO PENAL E DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

respeito dos direitos e garantias fundamentais, que, no âmbito do garantismo integral, envolve não apenas os direitos do acusado, mas de toda a sociedade. Protege-se o acusado contra atuações arbitrárias na esfera do processo penal, porém não se defende a impunidade, o que se perfaz presente em interpretações constitucionais de cunho monocular hiperbólico. Nesse sentido, bem pontua Fischer (2009, p. 15) ao afirmar:

Na construção da tese de Ferrajoli, a dimensão substancial do Estado de Direito se traduz em uma dimensão (também substancial) da própria democracia, em que as garantias são verdadeiras técnicas, inseridas no ordenamento, que têm por finalidade reduzir a distância estrutural entre a normatividade e a efetividade, possibilitando-se, assim, uma máxima eficácia dos direitos e demais preceitos fundamentais, na sua compreensão mais ampla possível, mas sem qualquer desvirtuamento, segundo determinado pela Constituição. Compreende-se que, por intermédio de todos os meios constitucionais existentes, a Teoria do Garantismo se consubstancia em irrestrita tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal. Numa frase: quer-se garantir a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à verdade. Mas tais pressupostos não podem levar à total inoperância do sistema, notadamente o criminal-constitucional, que está em foco na abordagem do presente dispositivo.

Desse modo, observa-se que a possibilidade de execução provisória, conforme propugnada pelo Supremo Tribunal Federal, adequa-se perfeitamente à perspectiva do garantismo integral, respeitando, por conseguinte, não apenas os direitos do acusado, mas também os interesses da sociedade. Garante-se que a presunção de não culpabilidade será respeitada, além de assegurar um processo penal efetivo, baseado em uma interpretação constitucional sistemática e assentada no princípio da proporcionalidade.

CONCLUSÃO

Conforme trabalhado neste artigo, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 126.292-SP não fere o princípio da presunção de inocência, ao mesmo tempo em que garante um processo penal justo e efetivo.

A execução provisória da decisão penal condenatória estabelece uma relação de equilíbrio entre os direitos e garantias fundamentais envolvidos, assegurando que os direitos do acusado e da sociedade serão respeitados.

Há, portanto, uma concepção processual garantista integral na discutida decisão,

conforme releitura do garantismo realizada com base nos valores propugnados pelo Estado Social e Democrático de Direito.

Ao mesmo tempo que se garante um processo penal garantista ao indivíduo e à sociedade, evita-se a utilização de recursos protelatórios pela defesa e, por conseguinte, a incidência da prescrição da pretensão executória, em razão da interpretação realizada pela jurisprudência sobre a temática, exposta ao longo do artigo.

Por fim, a nova decisão do Supremo Tribunal Federal, além de garantista, mantém vivo na sociedade o sentimento de confiança nas instituições e que os seus direitos serão garantidos, mediante a punição de todos que violem a ordem jurídica, sempre se respeitando os direitos fundamentais em conflito, inclusive o direito do acusado a um processo justo e em consonância com as garantias do contraditório e da ampla defesa. Processo penal justo não é sinônimo de impunidade, mas de processo que respeita todos os direitos e garantias fundamentais em aparente conflito (da sociedade e do acusado) e, ao mesmo tempo, é efetivo.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 maio 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 68.726. **Diário da Justiça**, 20 nov. 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 84078/MG. **Diário da Justiça**, 25 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24.SCLA.+E+84078.NUME.%29+OU+%28HC.ACMS.+ADJ2+84078.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a8wq84j>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. **Diário da Justiça**, 17 maio 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28126292%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gv7ou72>>. Acesso em: 18 maio 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 222566/DF. **Diário da Justiça**, 07 ago. 2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25237354/agravo-regimental-nos-embargos-de-declaracao-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-nos-edcl-no-aresp-222566-df>>

2012-0180959-3-stj/inteiro-teor-25237355>. Acesso em: 20 abr. 2016.

CARBONELL, Miguel. La garantía de los derechos sociales em la teoría de Luigi Ferrajoli. *In:* _____; SALAZAR, Pedro. **Garantismo:** estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

DE GRANDIS, Rodrigo. Prisões Processuais: uma releitura à luz do garantismo penal integral. *In:* CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo Penal Integral:** questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Antônio Scarance. Efetividade, processo penal e dignidade humana. *In:* MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana.** 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FRISCHEISEN, Luiz Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Execução provisória da pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078. *In:* CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo Penal Integral:** questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e estado social e democrático de direito.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

_____. A execução de pena na pendência de recursos extraordinário e especial: possibilidade em face da interpretação sistêmica da Constituição. **Revista de Direito Público**, v. 5, p. 7-30, 2009.

_____. O que é garantismo (penal) integral?. *In:* CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo Penal Integral:** Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. La teoría general del garantismo: rasgos principales. *In:* CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo:** estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999.

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DO GARANTISMO PENAL E DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão preventiva na lei n. 12.403.2011**: análise de acordo com modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Salvador: Jus Podivm, 2016.

MORAES, Maurício Zanóide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 11 abr. 2016.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

PORTALES, Rafael Enrique Aguilera; SANCHES, Rogelio López. **Los derechos fundamentales em la teoria jurídica garantista de Luigi Ferrajoli**. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2977/4.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Constitucionalismo y Garantismo. *In*: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo**: estúdios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.